

1 B 05.616

M 11 K 03.4612



Bayerischer Verwaltungsgerichtshof

Im Namen des Volkes

In der Verwaltungsstreitsache

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

- Klägerin -

bevollmächtigt:

Rechtsanwälte [REDACTED]
[REDACTED]

gegen

Freistaat Bayern,

vertreten durch die Landesadvokatur Bayern,
Ludwigstr. 23, 80539 München,

- Beklagter -

beigeladen:

Gemeinde [REDACTED]

vertreten durch den ersten Bürgermeister,
[REDACTED]

bevollmächtigt:

Rechtsanwälte Meidert und Kollegen,
Maximiliansplatz 5, 80333 München,

wegen

Erteilung einer Befreiung für eine Mobilfunkbasisstation
(Fl.Nr. 1880/2 Gemarkung [REDACTED]);

hier: Berufung der Beigeladenen gegen das Urteil des Bayerischen Verwaltungsgerichts München vom 27. Januar 2005,

erlässt der Bayerische Verwaltungsgerichtshof, 1. Senat,
durch den Vorsitzenden Richter am Verwaltungsgerichtshof König,
die Richterin am Verwaltungsgerichtshof Müller,
die Richterin am Verwaltungsgerichtshof Häberlein

aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 17. März 2009 am **30. März 2009**
folgendes

Urteil:

- I. Das Urteil des Bayerischen Verwaltungsgerichts München vom 27. Januar 2005 wird geändert.

Es wird festgestellt, dass der Beklagte vor dem Inkrafttreten der am 22. Oktober 2004 bekannt gemachten Veränderungssperre der Beigeladenen verpflichtet war, der Klägerin für die Errichtung einer Mobilfunkbasisstation auf dem Grundstück Fl.Nr. 1880/2 Gemarkung XXXXXXXXXX eine Befreiung von den Festsetzungen des Bebauungsplans Nr. 15 (in der am 30.3.1987 bekannt gemachten Fassung) zu erteilen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen und die Berufung zurückgewiesen.

- II. Von den Kosten des Verfahrens in beiden Rechtszügen trägt die Klägerin zwei Drittel. Der Beklagte und die Beigeladene tragen je ein Sechstel der Kosten des Verfahrens vor dem Verwaltungsgericht; die Beigeladene trägt ferner ein Drittel der Kosten des Berufungsverfahrens.

Von den außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen in beiden Rechtszügen trägt die Klägerin zwei Drittel; im Übrigen trägt die Beigeladene ihre außergerichtlichen Kosten selbst.

- III. Das Urteil ist hinsichtlich der Kosten vorläufig vollstreckbar. Der jeweilige Kostenschuldner darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe des zu vollstreckenden Betrags abwenden,

wenn nicht der Kostengläubiger zuvor Sicherheit in derselben Höhe leistet.

IV. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

- 1 Die Beteiligten streiten über die Erteilung einer Befreiung für die Errichtung einer Mobilfunkbasisstation.
- 2 1. Im Oktober 2001 beantragte die Rechtsvorgängerin der Klägerin eine Baugenehmigung für die Errichtung einer Mobilfunkbasisstation auf dem Grundstück Fl.Nr. 1880/2 Gemarkung [REDACTED]. Das Grundstück liegt an der Ecke Bahnhofstraße/Birkenstraße im Geltungsbereich des im März 1987 in Kraft getretenen Bebauungsplans Nr. 15 („Bahnhof-, Birken-, Freilandstraße, Fasanenweg“). Als Nutzungsart ist „reines Wohngebiet“ festgesetzt. Die bereits errichtete, aber noch nicht in Betrieb genommene Antennenanlage wurde auf dem Dach eines Gebäudes errichtet, das früher als Wohn- und Geschäftshaus genutzt wurde und jetzt nur noch zum Wohnen dient. Bei der Antenne, einer „Omni-Antenne“, handelt es sich um eine Stabantenne mit einem Durchmesser von weniger als 0,10 m. Nach den Bauvorlagen überragt die Antenne (einschließlich des Trägers) den First des Satteldachs um rund 5,50 m.
- 3 Wegen der Genehmigungsfreiheit des Vorhabens (Art. 63 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 Buchst. a BayBO a. F.) behandelte das Landratsamt [REDACTED] den Bauantrag als Antrag auf Erteilung einer „isolierten Befreiung“ von den Festsetzungen des Bebauungsplans zur Nutzungsart. Die Beigeladene verweigerte das Einvernehmen. Mit Bescheid vom 1. März 2002 lehnte das Landratsamt den Antrag ab. Eine Befreiung sei nicht erforderlich, weil der Mobilfunkanlage die städtebauliche Relevanz fehle. Über den hiergegen erhobenen Widerspruch wurde nicht mehr entschieden, weil die Klägerin im September 2003 beim Verwaltungsgericht München Untätigkeitsklage erhoben hatte.
- 4 Am 21. Oktober 2004 beschloss der Gemeinderat der Beigeladenen, den Bebauungsplan Nr. 15 zu ändern, um „vor allem auch Festsetzungen zur Errichtung von

Mobilfunkanlagen ... aufzunehmen“. Der Aufstellungsbeschluss und die zur Sicherung der Planung beschlossene Veränderungssperre mit einer Geltungsdauer von zwei Jahren wurden am 22. Oktober 2004 bekannt gemacht. Vorangegangen war die Empfehlung des Ausschusses für Planung und Umweltschutz vom 14. Oktober 2004, die in einem Gutachten des em-Instituts vom 6. Januar 2003 vorgesehenen Standorte für Mobilfunkanlagen im Flächennutzungsplan sowie in betroffene Bebauungspläne aufzunehmen und reine sowie allgemeine Wohngebiete von solchen Anlagen freizuhalten.

- 5 Im Hinblick auf die Veränderungssperre ergänzte die Klägerin den zunächst gestellten Verpflichtungs- bzw. Bescheidungsantrag um den Hilfsantrag, festzustellen, dass sie bis zum Inkrafttreten der Veränderungssperre einen Anspruch auf die beantragte Befreiung gehabt habe. Mit Schreiben an die Beigeladene vom 24. Januar 2005 beantragte die Klägerin (vorsorglich) eine Ausnahme von der Veränderungssperre. Sie machte geltend, dass die Sperre unwirksam sei, weil sie eine unzulässige Verhinderungsplanung sichere; jedenfalls aber habe sie Anspruch auf Zulassung einer Ausnahme. Der Antrag vom 24. Januar 2005 ging am 26. Januar 2005 bei der Beigeladenen ein und wurde von dieser noch am selben Tag dem Verwaltungsgericht übersandt.
- 6 Mit Urteil vom 27. Januar 2005 verpflichtete das Verwaltungsgericht den Beklagten zur Erteilung einer Befreiung von den Festsetzungen des Bebauungsplans sowie zur Zulassung einer Ausnahme von der Veränderungssperre. Wegen der städtebaulichen Relevanz der Mobilfunkanlage handle es sich um ein Vorhaben im bauplanungsrechtlichen Sinn. Der Bebauungsplan sei wirksam. Die Befreiung sei unabhängig davon erforderlich, ob es sich bei dem Vorhaben um die Errichtung einer im reinen Wohngebiet weder generell noch ausnahmsweise zulässigen gewerblichen Hauptanlage handele oder ob die Antenne als fernmeldetechnische Nebenanlage einzustufen sei. Eine Ausnahme gemäß der auf der BauNVO 1990 beruhenden Vorschrift des § 14 Abs. 2 Satz 2 BauNVO 1990 komme nicht in Betracht, weil auf den Bebauungsplan die Baunutzungsverordnung 1977 anzuwenden sei. § 14 Abs. 2 BauNVO 1977 erfasse fernmeldetechnische Nebenanlagen nicht. Eine Ausnahme nach § 14 Abs. 1 BauNVO scheide aus, weil die Mobilfunkanlage nicht nur der Versorgung des Baugebiets diene, sondern auch Versorgungsengpässe in den benachbarten Gebieten beheben solle. Die Klägerin habe aber einen Anspruch auf die Befreiung. Zum einen sei die Befreiung aus Gründen des Wohls der Allgemeinheit (§ 31

Abs. 1 Nr. 1 BauGB) erforderlich, weil der betroffene Bereich der Gemeinde mit Mobilfunkleistungen unzureichend versorgt sei. Im Hinblick auf § 14 Abs. 2 Satz 2 BauNVO sei die Abweichung vom Bebauungsplan auch städtebaulich vertretbar (§ 31 Abs. 1 Nr. 2 BauGB). Grundzüge der Planung würden von der „äußerst unscheinbaren“ Antenne nicht berührt. Da die Grenzwerte der 26. BImSchV eingehalten würden, sei die Befreiung auch unter Würdigung nachbarlicher Interessen mit den öffentlichen Belangen zu vereinbaren. Das Befreiungsermessen sei „auf Null“ reduziert. Jedenfalls am geplanten Standort sei eine Störung des Wohngebiets nicht zu erwarten. Gegen die Wirksamkeit der Veränderungssperre bestünden Bedenken, weil nicht einmal ansatzweise zu erkennen sei, welche Standorte in dem Bebauungsplan festgelegt werden sollten. Jedenfalls habe die Klägerin auch einen Anspruch auf Zulassung einer Ausnahme von der Veränderungssperre, weil die Antenne vor dem Inkrafttreten der Sperre zulässig gewesen sei.

7 Am 28. September 2006 verlängerte die Beigeladene die Veränderungssperre um ein Jahr. Die Verlängerungssatzung wurde am 20. Oktober 2006 bekannt gemacht. Am 20. September 2007 wurde eine weitere Verlängerung (bis zum 20.10.2008) beschlossen, die am 12. Oktober 2007 in Kraft trat. Am 31. Januar 2008 beschloss die Beigeladene eine Änderung des Bebauungsplans Nr. 15 als Satzung. Die Bekanntmachung erfolgte am 8. Februar 2008. Nach einer neuen Nr. 2.2.1 der Festsetzungen sind im reinen Wohngebiet ortsfeste Funkanlagen als gewerbliche Hauptanlagen unzulässig. Nach Nr. 2.2.2 Satz 1 sind ortsfeste Funkanlagen, die als Nebenanlagen im Sinne von § 14 Abs. 1 BauNVO das Baugebiet versorgen unzulässig. Nr. 2.2.2 Satz 3 lautet wie folgt:

8 „Die gem. § 14 Abs. 2 BauNVO ausnahmsweise mögliche Zulässigkeit von ortsfesten Funkanlagen als fernmeldetechnische Nebenanlagen, die auch der Versorgung angrenzender Baugebiete dienen, ist nicht zulässig“.

9 2. Zur Begründung der mit Beschluss vom 7. Dezember 2006 wegen eines Verfahrensfehlers zugelassenen Berufung machte die Beigeladene zunächst in erster Linie geltend, dass dem Vorhaben der inzwischen geänderte Bebauungsplan entgegenstehe. Die Klägerin hätte aber auch keinen Anspruch auf Erteilung einer Befreiung von den Festsetzungen der ursprünglichen Fassung des Bebauungsplans. Eine Befreiung sei jedenfalls im Hinblick darauf nicht mehr erforderlich, dass ein anderer Mobilfunkbetreiber (O₂) mit Bescheid des Landratsamts [REDACTED] vom 5. Mai 2008 die Baugenehmigung für die Errichtung einer Basisstation auf einem Grund-

stück erhalten habe, das nördlich des zu versorgenden Wohngebiets im Gemeindegebiet von Olching liege. Von diesem rund 40 m hohen Mobilfunkmast aus könne nicht nur der Teil des Wohngebiets mit Mobilfunkleistungen versorgt werden, der von der streitgegenständlichen Antenne erreicht werde, sondern auch weiter östlich und nordöstlich gelegene Teile. Außerdem sei dieser Mast im Gegensatz zu der nur für das GSM-Netz bestimmten streitgegenständlichen Anlage für UMTS-Antennen geeignet. Eine von der Beigeladenen in Auftrag gegebene funktechnische Stellungnahme des Umweltinstituts München e.V. zur Versorgungssituation im Norden des Gemeindegebiets zeige, dass die Anlage an der Bahnhofstraße den nördlichen Bereich des Versorgungsgebiets (████████ Straße) „indoor“ nur einschränkt versorgen könne. Bei Mitbenutzung des O₂-Masts wäre dies nicht der Fall. Durch eine UMTS-Versorgung vom O₂-Mast aus lasse sich eine Verdoppelung der Versorgungskapazität erreichen, während bei einer Inbetriebnahme der streitgegenständlichen Anlage eine weitere Anlage im östlichen Bereich errichtet werden müsste. Dies zeige, dass es nicht „vernünftiger Weise geboten“ sei, das Vorhaben trotz entgegenstehender Festsetzungen des Bebauungsplans an der geplanten Stelle auszuführen. Die Kosten für die Ersetzung der streitgegenständlichen Anlage durch eine UMTS-geeignete Anlage habe die Klägerin zunächst deutlich zu niedrig, die Kosten für die Montage entsprechender Technik an dem O₂-Mast hingegen deutlich zu hoch angesetzt. Abgesehen davon, dass die Anforderungen an das Merkmal des „Erforderns“ nicht erfüllt seien, dürfe die Befreiung auch nicht erteilt werden, weil sie die Grundzüge der Planung berühren würde; denn Grundzug eines reinen Wohngebiets, für das die Benutzungsverordnung 1990 nicht gelte, sei, dass gewerbliche Anlagen nur nach Maßgabe von § 3 Abs. 3 BauNVO, also als gebietsbezogene Anlagen und zudem nur ausnahmsweise, zugelassen werden dürften. Die Veränderungssperre sei wirksam gewesen.

10 Die Beigeladene beantragt,

11 das Urteil des Verwaltungsgerichts München vom 27. Januar 2005 zu ändern
und die Klage abzuweisen.

12 Der Beklagte stellt keine Anträge.

13 Die Klägerin beantragt,

14 die Berufung zurückzuweisen.

15 Dabei stellt sie folgende, gegenüber dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht ge-
änderte Klageanträge:

16 in erster Linie den Antrag, den Beklagten zur Erteilung einer Befreiung von den
Festsetzungen des Bebauungsplans Nr. 15 (ursprüngliche Fassung) für die Er-
richtung einer Mobilfunkantenne auf dem Grundstück Fl.Nr. 1880/2 Gemarkung
[REDACTED] bzw. zu einer erneuten Entscheidung über den Befreiungsantrag un-
ter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts zu verpflichten,

17 hilfsweise den Antrag, den Beklagten zur Erteilung einer Befreiung von den
Festsetzungen des Bebauungsplans Nr. 15 in der Fassung der am 8. Februar
2008 bekannt gemachten Änderung für die Errichtung einer Mobilfunkanlage
auf dem Grundstück Fl.Nr. 1880/2 Gemarkung [REDACTED] bzw. zu einer erneu-
ten Entscheidung über den Befreiungsantrag unter Beachtung der Rechtsauf-
fassung des Gerichts zu verpflichten,

18 weiter hilfsweise den Antrag, festzustellen, dass der Klägerin bis zum Inkrafttre-
ten der Veränderungssperre am 22. Oktober 2004 ein Anspruch auf Erteilung
einer Befreiung von den Festsetzungen der ursprünglichen Fassung des Be-
bauungsplans Nr. 15 zustand.

19 Die Klägerin macht geltend:

20 Der Änderungsbebauungsplan sei wegen Abwägungsfehlern unwirksam. Die Beigeladene habe die Belange der Klägerin negiert. Die Beigeladene verfüge über kein Standortkonzept. Mobilfunkanlagen in einem großen Wohngebiet vollständig auszuschließen, sei unter Immissionsschutzgesichtspunkten nachteilig, weil die größere Entfernung zu den Mobilfunktelefonen durch eine höhere Sendeleistung ausgeglichen werden müsse. Außerdem beeinträchtigten hohe Masten das Orts- und Landschaftsbild.

21 Davon abgesehen könne die Klägerin eine Befreiung von den Festsetzungen des neuen Bebauungsplans ebenso beanspruchen wie eine Befreiung von der ursprünglichen Fassung. Grundzüge der Planung würden erst dann berührt, wenn der Gebietscharakter „auf der Kippe stehe“. Der neuesten Rechtsprechung des 25. Senats des Verwaltungsgerichtshofes zu den Befreiungsvoraussetzungen sei nicht zu folgen. Die Befreiungsvoraussetzungen dürften bei der Ausübung des Befreiungsermessens nicht ein zweites Mal berücksichtigt werden. Bei der Bewertung der Alternative einer Mitbenutzung des Mastes von O₂ müsse berücksichtigt werden, dass die strittige Anlage inzwischen als UMTS-Standort umgebaut würde. Wegen des für die

UMTS-Mobilfunktechnik kennzeichnenden Zusammenhangs zwischen der Kapazität und dem Versorgungsbereich spielten die so genannten Pfadverluste bei diesem Vergleich eine große Rolle. Dies gelte insbesondere für den so genannten „uplink“, also die Verbindung vom Endgerät des Teilnehmers zur Basisstationsantenne. Im Hinblick auf die geringe Sendeleistung moderner Endgeräte habe die Klägerin aus funkttechnischer Sicht ein besonderes Interesse, die streitgegenständliche Anlage, die sich nahe zu den Teilnehmern befinde, für UMTS-Dienstleistungen zu nutzen. Bei der für die Klägerin in erster Linie maßgeblichen Indoor-Versorgung schneide eine Anlage an dem O₂-Mast deutlich schlechter ab.

- 22 Der sich unmittelbar an den Versorgungsbereich der Sendeanlage [REDACTED] anschließende Bereich von [REDACTED]-Nord, der von dem strittigen Standort aus versorgt werden solle, lasse sich von dem O₂-Mast aus nicht in einer für die Indoor-Nutzung erforderlichen Qualität versorgen. Die vom Gutachter der Beigeladenen hervor gehobene bessere Versorgung von Randbereichen [REDACTED]straße/[REDACTED]weg bzw. [REDACTED]straße) wiege die Vorteile einer mit der strittigen Anlage zu erreichenden Vergrößerung eines zusammenhängenden Versorgungsgebietes für die Netzqualität und Kapazität nicht auf. Ein vom Gutachter der Beigeladenen ins Gespräch gebrachter zweiter Sektor an dem O₂-Mast erweitere die Kapazität nur geringfügig. Davon abgesehen sei auch zu berücksichtigen, dass die Beigeladene der Klägerin seit nahezu acht Jahren die Erteilung einer Befreiung für eine baulich bereits fertig gestellte Mobilfunkanlage verweigere und dass hierdurch erhebliche Mehrkosten entstanden seien.
- 23 Die Veränderungssperre sei unwirksam gewesen. Die Beigeladene verfüge bis heute nicht über ein hinreichend konkretes Planungskonzept. Abgesehen davon sei nicht zu ersehen, auf welcher Rechtsgrundlage es zulässig sein könnte, für Wohngebiete im Bereich der Beigeladenen strengere Grenzwerte als die der 26. BImSchV festzusetzen. Die durch die Veränderungssperre gesicherte Planung sei fehlerhaft, weil die Beigeladene die privaten Belange der Klägerin nicht in der gebotenen Weise berücksichtigt habe. Die Tatsache, dass das Planverfahren bisher nicht wesentlich vorangekommen sei, bestätige, dass es sich um eine unzulässige Verhinderungsplanung handele.
- 24 3. Gegenstand eines vorangegangenen Rechtsstreits (mit der Beigeladenen dieses Verfahrens als Klägerin und der Klägerin dieses Verfahrens als Beigeladener) war eine die strittige Anlage betreffende Baueinstellung des Landratsamts vom 21. September 2001. Diese Anordnung hatte die Regierung von Oberbayern auf den Wider-

spruch der Mobilfunkfirma hin aufgehoben, weil es sich bei der Errichtung der Anlage nicht um ein Vorhaben im Sinne von § 29 Abs. 1 BauGB gehandelt habe. Der Anfechtungsklage der Gemeinde gegen den Widerspruchsbescheid gab das Verwaltungsgericht mit Urteil vom 1. August 2002 (M 11 K 01.5934) statt. Das Urteil ist mit Verwerfung des Zulassungsantrags der Mobilfunkfirma rechtskräftig geworden (BayVGH vom 30.1.2003 – 2 CB 02.2848).

- 25 Mit Beschluss vom 30. Juli 2008 hat der Senat das Verfahren hinsichtlich des zunächst gleichfalls mit der Verpflichtungsklage verfolgten Anspruchs auf Zulassung einer Ausnahme von der Veränderungssperre abgetrennt und eingestellt, nachdem es übereinstimmend für erledigt erklärt worden war (1 N 08.2019).
- 26 Wegen weiterer Einzelheiten des Sachverhalts und des Vorbringens der Beteiligten wird auf die Gerichtsakten sowie die vom Beklagten bzw. der Beigeladenen vorgelegten Akten Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

- 27 Die zulässige Berufung hat teilweise Erfolg.
- 28 Soweit in Nr. I Satz 2 der am 30. März 2009 der Geschäftsstelle übergebenen Entscheidungsformel von einer „Befreiung von den Festsetzungen des Bebauungsplans „Nr. 15 A (in der am 6.10.1988 bekannt gemachten Fassung)“ die Rede ist, ist die Entscheidung gemäß § 118 Abs. 1 VwGO zu berichtigen, weil eine offenbare Unrichtigkeit im Sinn dieser Vorschrift vorliegt. Nach dem gesamten Ablauf des Verfahrens, dem Vorbringen der Beteiligten und insbesondere den von der Klägerin gestellten Anträgen ist ohne weiteres zu erkennen, dass es um eine Befreiung von der am 30. März 1987 bekannt gemachten ursprünglichen Fassung des Bebauungsplan Nr. 15 geht und nicht um eine Befreiung von dem Bebauungsplan Nr. 15 A, der lediglich eine geringfügige, nicht die Nutzungsart, sondern die überbaubare Grundstücksfläche berührende Änderung zum Gegenstand hat.
- 29 Gegenstand des Rechtsstreits sind nur noch die mit dem Antrag auf Erteilung einer „isolierten“ Befreiung von den Festsetzungen des Bebauungsplans Nr. 15 zusammenhängenden Klageanträge. Hinsichtlich des zunächst gleichfalls mit der Verpflichtung-

tungsklage verfolgten Anspruchs auf Zulassung einer Ausnahme von der Veränderungssperre haben die Hauptbeteiligten den Rechtsstreit im Hinblick auf das Außerkrafttreten der Veränderungssperre für erledigt erklärt.

- 30 Der Hauptantrag, den Beklagten zur Erteilung einer Befreiung von den Festsetzungen des Bebauungsplans Nr. 15 in der ursprünglichen Fassung für die Errichtung einer Mobilfunkantenne auf dem Grundstück Fl.Nr. 1880/2 Gemarkung [REDACTED] bzw. zu einer erneuten Entscheidung über den Befreiungsantrag unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts zu verpflichten, und der als erster Hilfsantrag bezeichnete entsprechende, jedoch auf den Bebauungsplans in der Fassung der am 8. Februar 2008 bekannt gemachten Änderung bezogene Antrag stehen nicht in dem für Haupt- und Hilfsantrag kennzeichnenden Eventualverhältnis (vgl. Kopp/Schenke, VwGO, 15. Aufl., § 44 RdNr. 1) zueinander. Die beiden Anträge sind vielmehr dahin auszulegen (§ 88 VwGO), dass die Erteilung einer Befreiung von der zum Zeitpunkt der Entscheidung maßgeblichen Fassung des Bebauungsplans bzw. eine hierauf bezogene erneute Entscheidung über den Befreiungsantrag begehrt wird. Hilfsweise zu diesem Hauptantrag wird die Feststellung begehrt, dass der Klägerin bis zum Inkrafttreten der Veränderungssperre am 22. Oktober 2004 ein Anspruch auf Erteilung einer Befreiung zustand.
- 31 Richtiger Beklagter ist weiterhin der Freistaat Bayern. Zwar entscheidet nach Art. 63 Abs. 3, Abs. 2 Satz 1 BayBO in der am 1. Januar 2008 in Kraft getretenen Fassung der Bekanntmachung vom 14. August 2007 (GVBl S. 588) nicht mehr die untere Bauaufsichtsbehörde, sondern die Gemeinde (u.a.) über „isolierte“ Befreiungen von den Festsetzungen eines Bebauungsplans. Die neue Verfahrensvorschrift ist aber auf das vor ihrem Inkrafttreten eingeleitete Befreiungsverfahren jedenfalls deswegen nicht anzuwenden, weil die Klägerin eine Erklärung, die entsprechend der Übergangsvorschrift des Art. 83 Abs. 1 BayBO zur Anwendung der neuen Verfahrensrecht führen könnte, nicht abgegeben hat.
- 32 Von den mit dem Antrag, die Berufung der Beigeladenen zurückzuweisen, verfolgten zuletzt gestellten Klageanträgen hat der, wie dargelegt wurde, den ersten „Hilfsantrag“ einschließende Hauptantrag keinen Erfolg. Auf die Berufung der Beigeladenen hin muss somit das der Klage stattgebende Urteil des Verwaltungsgerichts insoweit geändert und die Klage abgewiesen werden (I.). Hinsichtlich des mit dem (zweiten) Hilfsantrag verfolgten Fortsetzungsfeststellungsbegehrens hat die Klage hingegen

Erfolg. Insoweit ist die Berufung, mit der das Ziel einer vollständigen Klageabweisung verfolgt wird, zurückzuweisen (II.).

I.

- 33 Nach der für die Entscheidung über die Verpflichtungsklage maßgeblichen Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgerichtshof am 17. März 2009 steht der Klägerin der mit dem Hauptantrag geltend gemachte Anspruch nicht mehr zu. Die Klägerin kann für die Mobilfunkanlage weder die Erteilung einer Befreiung von den Festsetzungen des Bebauungsplans Nr. 15 noch eine erneute Entscheidung über den Befreiungsantrag unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts beanspruchen.
- 34 1. Der Hauptantrag bleibt nicht schon deswegen ohne Erfolg, weil das Rechtsschutzinteresse für die Klage entfallen wäre. Zwar ist die Klägerin auch in dem Bereich, für den die Antenne bestimmt ist, dabei, das UMTS-Netz aufzubauen bzw. zu verbessern. Die (bereits montierte) GSM-Antenne ist dadurch aber nicht funktionslos geworden; wie die letzte mündliche Verhandlung ergeben hat, könnte sie nach wie vor in Betrieb genommen und ihrem Zweck entsprechend genutzt werden. Dass sie wohl alsbald (oder sofort) durch eine UMTS-Antenne ersetzt würde, lässt das Rechtsschutzinteresse für die Klage nicht entfallen. Ob der Umbau der GSM-Anlage zu einer UMTS-Anlage ein Vorhaben im bauplanungsrechtlichen Sinn (§ 29 Abs. 1 BauGB) darstellt, ist in diesem Zusammenhang unerheblich.
- 35 2. Maßgebend für die rechtliche Beurteilung des Vorhabens ist der Bebauungsplan Nr. 15 ohne die Änderungen durch den am 8. Februar 2008 bekannt gemachten Bebauungsplan Nr. 15 I. Wie bereits im Hinweisschreiben des Gerichts vom 22. April 2008 erläutert wurde, ist dieser Änderungsbebauungsplan nicht im Sinn von § 1 Abs. 3 Satz 1 BauGB erforderlich und damit unwirksam, weil seine Regelungen aus Rechtsgründen nicht geeignet waren, das mit ihnen verfolgte Ziel zu erreichen.
- 36 Durch die Änderung wollte die Beigeladene die Befugnis des § 14 Abs. 2 Satz 2 BauNVO, in den Baugebieten fernmeldetechnische Nebenanlagen als Ausnahme zuzulassen, in dem Wohngebiet ausschließen (Nr. 2.2.2 Satz 3 der Festsetzungen). Das setzte voraus, das § 14 Abs. 2 Satz 2 BauNVO gemäß § 1 Abs. 3 BauNVO Bestandteil des durch den Bebauungsplan ausgewiesenen reinen Wohngebiets ist. Diese Voraussetzung ist jedoch nicht erfüllt. § 14 Abs. 2 Satz 2 BauNVO beruht auf der

am 27. Januar 1990 in Kraft getretenen Vierten Verordnung zur Änderung der Bau-nutzungsverordnung (BGBl I S. 1227; Bekanntmachung der Neufassung in BGBl I S. 132), während für den im März 1988 in Kraft getretenen Bebauungsplan, durch den das reine Wohngebiet festgesetzt wurde, noch die auf der am 1. Oktober 1977 in Kraft getretenen Zweite Änderungsverordnung (BGBl I S. 1757) beruhende Fassung der Benutzungsverordnung vom 15. September 1977 (BGBl I S. 1763) maßgebend ist. § 14 Abs. 2 BauNVO 1977, der gemäß § 1 Abs. 3 Satz 2 BauNVO 1977 Bestandteil der Wohngebietsfestsetzung ist, enthielt jedoch keine Ausnahmenvorschrift für fernmeldetechnische Nebenanlagen, welche die Beigeladene auf der Grundlage von § 1 Abs. 6 BauNVO (in entsprechender Anwendung) hätte ausschließen können (vgl. BayVGH vom 2.8.2007 ZfBR 2008, 287 = BayVBI 2008, 470 [juris RdNr. 37]).

- 37 Das reine Wohngebiet gemäß § 3 BauNVO 1977 ist auch nicht allein dadurch, dass eine Festsetzung zur Art der baulichen Nutzung geändert wurde, zu einem reinen Wohngebiet gemäß § 3 BauNVO 1990 geworden. Für die „Umstellung“ der Baug-ebietsfestsetzungen eines Bebauungsplans auf eine neuere Fassung der Baun-utzungsverordnung genügt es nicht, dass die Festsetzungen während der Geltung einer neueren Fassung der Benutzungsverordnung aus einem anderen Grund geän- dert wurden. Erforderlich ist vielmehr eine hierauf bezogene ausdrückliche Änderung (BayVGH vom 23.12.1998 NVwZ-RR 2000, 79 = BayVBI 1999, 531). Eine solche „Umstellungsänderung“ ist aber nicht erfolgt. Die Satzung des Änderungsbebauungs- plans enthält keine diesbezügliche Regelung. Auch der Begründung und den dem Gericht vorliegenden Akten zu dem Änderungsverfahren lässt sich kein Hinweis darauf entnehmen, dass die Beigeladene mit der Änderung die Absicht verfolgte, das reine Wohngebiet des Bebauungsplans Nr. 15 auf die seit Januar 1990 geltende Rechtslage „umzustellen“. Handelte es sich aber noch um ein reines Wohngebiet ge- mäß § 3 BauNVO 1977, dann ging die Bebauungsplanänderung hinsichtlich der mit ihr in erster Linie angestrebten Neuregelung der Zulässigkeit der fernmeldetechni- schen Nebenanlagen ins Leere, weil eine Befugnis ausgeschlossen wurde, die nicht besteht.
- 38 3. Der Klägerin steht weder ein Anspruch auf Erteilung einer Befreiung (vgl. § 113 Abs. 5 Satz 1 VwGO) noch ein Anspruch auf erneute Entscheidung über den Befrei- ungsantrag unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts (vgl. § 113 Abs. 5 Satz 2 VwGO) zu. Auf die als Rechtsgrundlage für die Befreiung in erster Linie in Be- tracht kommende Vorschrift des § 31 Abs. 2 Nr. 1 BauGB kann der Klageanspruch

schon deswegen nicht mehr gestützt werden, weil die Tatbestandsvoraussetzung, dass Gründe des Wohls der Allgemeinheit die Befreiung „erfordern“ müssen, nicht mehr erfüllt ist (a). Jedenfalls aber ist die Klage - auch hinsichtlich der anderen Alternativen des § 31 Abs. 2 BauGB - deswegen im Hauptantrag in vollem Umfang - auch hinsichtlich der begehrten Verpflichtung zu einer erneuten Entscheidung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts - abzuweisen, weil sich die Beigeladene mit der Verweigerung des für die Befreiung erforderlichen Einvernehmens (§ 36 Abs. 1 Satz 1 BauGB) inzwischen im Rahmen des ihr insoweit zustehenden Gestaltungsspielraums hält; das fehlende Einvernehmen darf deshalb nicht mehr durch eine der Klage stattgebende Entscheidung des Gerichts ersetzt werden (b).

- 39 a) Zwar kann sich die Klägerin für das mit dem Vorhaben verfolgte Ziel einer flächendeckenden Versorgung mit Mobilfunkleistungen grundsätzlich auf Gründe des Wohls der Allgemeinheit (§ 31 Abs. 2 Nr. 1 BauGB) berufen (BayVGH vom 9.8.2007 - 25 B 05.1337 - juris [RdNr. 47 ff.] mit weiteren Nachweisen); diese Gründe erfordern die Befreiung aber nicht mehr.
- 40 Gründe des Wohls der Allgemeinheit erfordern eine Befreiung nicht erst dann, wenn den Belangen der Allgemeinheit nur noch durch die Befreiung entsprochen werden könnte, sondern bereits dann, wenn es zur Wahrnehmung des mit dem Vorhaben verfolgten öffentlichen Interesses vernünftiger Weise geboten ist, das Vorhaben mit Hilfe einer Befreiung an der vorgesehenen Stelle zu verwirklichen. Um eine Befreiung für eine Mobilfunkantenne zu rechtfertigen, muss der angestrebte Standort somit nicht der einzige sein, mit dem eine ausreichende Netzversorgung erreicht werden kann; andererseits ist die Befreiung kein Mittel zur einseitigen Durchsetzung der funktechnischen und wirtschaftlichen Belange des Unternehmens. Ausschlaggebend ist letztlich eine Abwägung zwischen dem Gewicht der Ziele, denen die Festsetzungen des Bebauungsplans dienen, und dem Belang einer flächendeckenden Versorgung mit Einrichtungen des Mobilfunks (vgl. BVerwG vom 5.2.2004 BauR 2004, 1125).
- 41 Die Intensität, mit der diese Voraussetzungen zu prüfen sind, hängt auch davon ab, wie detailliert die Beteiligten sich hierzu äußern (zu dem Zusammenhang zwischen Vorbringen der Beteiligten und Umfang der Sachverhaltsermittlung vgl. Eyermann/Geiger, VwGO, 12. Aufl., § 86 RdNr. 10). Der Einwand des Beklagten in der letzten mündlichen Verhandlung, es könne nicht Aufgabe des Landratsamts sein, im Rah-

men einer Entscheidung über einen Befreiungsantrag funktechnische Einzelheiten, wie sie in dieser Verhandlung erörtert wurden, von sich aus aufzuklären (Art. 24 Abs. 1 und 2 BayVwVfG), ist zwar grundsätzlich berechtigt. Für den Umfang der gerichtlichen Pflicht zur Sachverhaltsermittlung (§ 86 Abs. 1 Satz 1 VwGO) gilt dies im Übrigen entsprechend. Wenn jedoch, wie von der Beigeladenen mit den Stellungnahmen des Umweltinstituts München e. V., detaillierte Einwände zur Funknetzplanung vorgetragen werden, die für die Prüfung der Befreiungsvoraussetzungen rechtlich relevant sein können, dann muss das Gericht dem nachgehen und klären, ob diese Einwände berechtigt sind. Dem hätte sich im Übrigen auch das Landratsamt nicht entziehen können, wenn diese Stellungnahmen bereits im Verwaltungsverfahren vorgelegt worden wären.

- 42 Es erscheint nicht mehr im dargelegten Sinn „vernünftiger Weise geboten“ die Mobilfunkanlage an dem geplanten Standort in dem reinen Wohngebiet zu errichten. Denn seit der (bestandkräftigen) Genehmigung eines Mobilfunkmastes für ein anderes Unternehmen auf dem nördlich nahe der Gemeindegrenze gelegenen Grundstück Fl.Nr. 1090/3 Gemarkung [REDACTED] mit Bescheid des Landratsamts [REDACTED] vom 5. Mai 2008 besteht eine Standortalternative, auf die sich die Klägerin verweisen lassen muss.
- 43 Dass die Klägerin diesen Mast mitbenutzen darf, ergibt sich aus dem von der Beigeladenen vorgelegten Schreiben der Telefónica O₂ GmbH & Co. OHG vom 18. September 2008. Dass keine durchgreifenden baurechtlichen Hindernisse gegen die Installation der erforderlichen Antennen an dem Mast bestehen, hat das Landratsamt mit Schreiben vom 22. August 2008 an die Landesadvokatur Bayern und vom 25. August 2008 an die Beigeladene mitgeteilt. Dafür, dass die von der Gemeinde Olching mit Schreiben vom 17. September 2008 gegenüber der Beigeladenen sinngemäß geäußerte Befürchtung, die Installation weiterer Antennen werde sich so stark auf die öffentlichen Belange auswirken, dass sich die Frage der bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit der Anlage neu stellt, begründet sein könnte, fehlt jeder Anhaltspunkt.
- 44 Aufgrund der Stellungnahmen des Umweltinstituts München e.V. vom 17. November 2008 und 9. März 2009 sowie aufgrund der Erörterung des Für und Wider der beiden Standorte in der mündlichen Verhandlung am 17. März 2009 steht zur Überzeugung des Senats fest, dass eine Mitbenutzung des Mastes in [REDACTED] auch in funktechni-

scher Hinsicht gegenüber dem Standort an der Bahnhofstraße/Birkenstraße nicht nur keine Nachteile aufweist, sondern Vorteile bietet. Mit an dem Mast in [REDACTED] installierten Sektorantennen können auch Randbereiche der nördlichen Wohngebiete von [REDACTED] gut versorgt werden, die mit einer Omniantenne an dem Standort Bahnhofstraße/Birkenstraße nicht zu erreichen sind, ohne dass dies zu Einbußen im zentralen Bereich des angestrebten Versorgungsgebiets und in den Übergangsbereichen zu den Versorgungsgebieten der bereits bestehenden Mobilfunkstationen der Klägerin führt. Dies ergibt sich aus den Darstellungen der Berechnungsergebnisse in der Stellungnahme des Umweltinstituts vom 17. November 2008 (Seite 8 ff.). Die hiergegen erhobenen, vor allem die so genannten Überlappungsbereiche betreffenden Einwände Klägerin sind nach Auffassung des Senats durch die ergänzende Stellungnahme des Umweltinstituts vom 9. März 2009 sowie die Erörterung dieser Fragen in der mündlichen Verhandlung ausgeräumt. Der Vertreter des Umweltinstituts hat überzeugend dargelegt, dass sich im Fall der Installierung von Sektorantennen an dem O₂-Mast Überlappungsbereiche durch eine bei diesen Antennen - im Gegensatz zur „starrten“ Omniantenne - mögliche entsprechende Konfigurierung weitgehend vermeiden lassen und dass sich die Antennen in diesem Fall auch hinsichtlich der Abstände zu den vorhandenen Anlagen gut in das Funknetz einfügen würden.

- 45 Was die Kosten anbelangt, so bestehen nach den Angaben der Klägerin in der mündlichen Verhandlung am 17. März 2009 bei den Aufwendungen für die Errichtung der Anlage keine ausschlaggebenden Unterschiede zwischen den beiden Standorten (O₂-Mast: rund 80.000 €, Bahnhofstraße/Birkenstraße: rund 24.000 € für die Umrüstung auf die UMTS-Technologie und ein für den Kostenvergleich an sich auf heutige Verhältnisse hochzurechnender Betrag von rund 47.000 €, der vor mehr als acht Jahren für die Installierung der streitgegenständlichen Anlage [ohne die erforderliche Befreiung] investiert wurde). Nicht zu vernachlässigen sind hingegen die Unterschiede bei den Mietkosten (O₂-Mast: 14.600 €, Bahnhofstraße/Birkenstraße: 3.200 €). Diese Differenz relativiert sich jedoch, wenn man berücksichtigt, dass von dem Standort in [REDACTED] aus ein größeres Versorgungsgebiet erreicht werden kann und dass dieser Standort Entwicklungsmöglichkeiten bietet, die an dem strittigen Standort nicht bestehen. Aus diesen Gründen sieht der Senat in dem O₂-Mast trotz der höheren laufenden Kosten eine nach objektivem Maßstab vorzugswürdige Alternative, im Hinblick auf die es nicht mehr im dargelegten Sinn erforderlich ist, die strittige Antenne im Wege einer Befreiung zuzulassen. Bei dieser Bewertung wird nicht übersehen, dass die Funknetzplanung Sache des Mobilfunkunternehmens ist

und dass sich das Unternehmen grundsätzlich auch einen objektiv betrachtet zukunftssträchtigeren Standort nicht aufdrängen lassen muss, wenn es seinem unternehmerischen Konzept entspricht, an einem früher ins Auge gefassten, ihm nach wie vor ausreichend geeignet erscheinenden Standort festzuhalten. Diese unternehmerische Wahlfreiheit ist hier jedoch dadurch eingeschränkt, dass die Antennenanlage, an dem Standort, an dem die Klägerin festhalten möchte, baurechtlich nicht zulässig ist, weil sie den Festsetzungen des Bebauungsplans widerspricht, und somit nur im Wege einer Befreiung zugelassen werden kann.

- 46 b) Selbst wenn man - entgegen dem Vorstehenden - annimmt, dass die Tatbestandsvoraussetzungen des § 31 Abs. 2 Nr. 1 BauGB noch erfüllt sind, steht der Klägerin weder ein Anspruch auf Befreiung noch ein Anspruch auf erneute Entscheidung über den Befreiungsantrag zu, weil die Beigeladene das nach § 36 Abs. 1 Satz 1 BauGB erforderliche Einvernehmen zu Recht verweigert. Jedenfalls aus diesem Grund kann die Befreiung auch nicht auf der Grundlage von § 31 Abs. 2 Nr. 2 BauGB (städtebauliche Vertretbarkeit der Abweichung) oder § 31 Abs. 2 Nr. 3 BauGB (unbillige Härte) beansprucht werden.
- 47 Der Senat folgt der Auffassung, dass der Gemeinde bei der Entscheidung über das Einvernehmen zu einer Befreiung ein Gestaltungsspielraum zusteht, innerhalb dessen sie ihre Zustimmung zu dem Vorhaben von bauplanungsrechtlich relevanten Gesichtspunkten abhängig machen darf, die die für Erteilung der Befreiung zuständige Bauaufsichtsbehörde bei der Ermessensausübung berücksichtigen könnte (Jäde in Jäde/Dirnberger/Weiß, BauGB/BauNVO, 5. Aufl., § 31 RdNr. 44 mit weiteren Nachweisen; vgl. auch BayVGH vom 22.2.2007 BayVBI 2007, 661 = ZfBR 2007, 484 [zu § 31 Abs. 1 BauGB]). Wenn die Gemeinde - als untere Bauaufsichtsbehörde (Art. 53 Abs. 1 und 2 BayBO) oder gemäß Art. 63 Abs. 2 BayBO - selbst für die Entscheidung über die Befreiung zuständig ist, muss nicht zwischen dem Gestaltungsspielraum bei der Ausübung des Mitwirkungsrechts und dem Befreiungsermessen unterschieden werden. Die Beigeladene, die, wie dargelegt wurde, in diesem Verfahren noch nicht für die Erteilung der „isolierten“ Befreiung zuständig ist, darf sich im Rahmen ihres Gestaltungsspielraums inzwischen zulasten des Vorhabens der Klägerin darauf berufen, dass dieses am geplanten Standort dem - grundsätzlich legitimen (vgl. BayVGH vom 2.7.2007 BayVBI 2008, 470 = UPR 2008, 268) - Planungsziel, die Wohngebiete von Mobilfunkanlagen möglichst freizuhalten, zuwiderläuft.

- 48 Diese Planungsabsicht ist zwar noch nicht so konkretisiert, dass sie bei der Entscheidung über die Befreiung im Sinne von § 31 Abs. 2 BauGB als öffentlicher Belang zu würdigen wäre und eine Befreiung aus diesem Grund ausschließen könnte (vgl. BVerwG vom 19.2.2002 BVerwGE 117, 50 = NVwZ 2003, 478). Denn der Versuch, das Planungsziel im Geltungsbereich des Bebauungsplans Nr. 15 durch eine Änderung der Satzung umzusetzen, ist aus den dargelegten Gründen gescheitert. Weitere Planungsschritte, die sich bereits in förmlichen Verfahren niederschlagen, sind noch nicht erfolgt. Nach Mitteilung des ersten Bürgermeisters in der letzten mündlichen Verhandlung wird die Beigeladene die beabsichtigten Verfahren zur Änderung des Flächennutzungsplans sowie zur Aufstellung bzw. Änderung von Bebauungsplänen erst einleiten, wenn ein von ihr in Auftrag gegebenes, für den Sommer dieses Jahres erwartetes Gutachten des Umweltinstituts vorliegt.
- 49 Hinreichend ernsthafte und konkrete Planungsabsichten können aber, auch wenn sie sich noch nicht so weit verfestigt haben, dass sie als öffentlicher Belang rechtlich erheblich sind, im Rahmen der Ermessenserwägungen der für die Entscheidung über die Befreiung zuständigen Behörde und somit auch im Rahmen des der Gemeinde bei der Ausübung ihres Mitwirkungsrechts zustehenden Gestaltungsspielraums die Versagung einer Befreiung bzw. die Verweigerung des Einvernehmens zur Befreiung begründen (BVerwG vom 19.2.2002 BVerwGE 117, 50 = NVwZ 2003, 478). Nach Auffassung des Senats sind allerdings bei dem Vorhaben der Klägerin strengere Anforderungen an die Konkretisierung der Planungsabsicht zu stellen als bei einem Vorhaben, das, wie das der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts zugrundeliegende Wohnbauvorhaben, rein privaten Zwecken dient. Denn bei der Verweigerung einer Befreiung für eine Mobilfunkanlage geht es nicht nur darum, dass dem Grundstückseigentümer, der dem Mobilunternehmen gegen Entgelt die Errichtung der Antennenanlage gestattet, eine rentablere Nutzung seines - entsprechend den Festsetzungen des Bebauungsplans nutzbaren - Grundstücks verwehrt wird. Eine Mobilfunkanlage trägt regelmäßig zum Ausbau eines dem Stand der Technik entsprechenden Mobilfunknetzes und damit zu einer Verbesserung der Versorgung der Allgemeinheit mit Mobilfunkleistungen bei. Zur Erfüllung dieses Zwecks ist die Anlage einerseits zwar nicht grundstücks-, aber doch „bereichsbezogen“ auf einen bestimmten Standort in dem zu versorgenden Gebiet oder in dessen Nähe angewiesen. Andererseits stehen dem Mobilfunkunternehmen bei der Standortfindung nur die Mittel des Privatrechts zur Verfügung. Wegen dieser Besonderheiten erlangen einer Befreiung entgegenstehende Planungsabsichten gegenüber einem solchem Vorhaben erst

dann rechtliche Relevanz, wenn sich - hinreichend konkret - eine nach objektiven Maßstäben mindestens gleichwertige Alternative zu dem nur mit Hilfe einer Befreiung zu verwirklichenden Standort abzeichnet.

50 Nach diesem Maßstab verweigert die Beigeladene das Einvernehmen nunmehr zu Recht. Der fehlgeschlagene Planungsversuch und der mit einem Gutachtensauftrag offenbar gründlicher vorbereitete neue Planungsanlauf dokumentieren ausreichend, dass es der Beigeladenen nicht darum geht, das Vorhaben der Klägerin am geplanten Standort aus sachfremden Gründen zu verhindern, sondern dass die Ablehnung der Anlage von einer ernsthaften und, wie bereits festgestellt wurde, grundsätzlich legitimen Planungsabsicht getragen wird. Mit der Möglichkeit der Mitnutzung des O₂-Mastes steht inzwischen auch eine die berechtigten Belange der Beigeladenen wahrende Alternative zur Verfügung.

II.

51 Der hilfsweise gestellte Fortsetzungsfeststellungsantrag der Klägerin ist zulässig und begründet.

52 1. Der Fortsetzungsfeststellungsantrag ist zulässig.

53 Der Antrag ist in entsprechender Anwendung von § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO auf die Verpflichtungsklage statthaft. Die Umstellung des Verpflichtungsbegehrens auf das Feststellungsbegehren ist gemäß § 173 VwGO in Verbindung mit § 264 Nr. 2 ZPO ohne weitere Voraussetzungen zulässig (BVerwG vom 22.1.1998 NVwZ 1999, 404/405 mit weiteren Nachweisen). Wenn in erster Linie das Verpflichtungsbegehren weiterverfolgt werden soll, kann der Fortsetzungsfeststellungsantrag auch hilfsweise gestellt werden (BVerwG vom 24.10.1980 BVerwGE 61, 128 = NJW 1981, 2426; Eyermann/Jörg Schmidt, VwGO, 12. Aufl., RdNr. 97 in Verbindung mit RdNr. 67 f. mit weiteren Nachweisen).

54 Auch die weiteren Zulässigkeitsvoraussetzungen des Fortsetzungsfeststellungsbegehrens - die Zulässigkeit der (ursprünglichen) Verpflichtungsklage, der Eintritt eines erledigenden Ereignisses, das Bestehen eines feststellungsfähigen Rechtsverhältnisses und das Vorliegen eines Feststellungsinteresses (BVerwG vom 29.4.1992 NVwZ 1992, 1092) - sind erfüllt.

- 55 Dass das Verpflichtungsbegehren der Klägerin zulässig war (und ist), ergibt sich aus dem unter I. Ausgeführten. Das erledigende Ereignis liegt in der Änderung der Rechtslage durch das Inkrafttreten der Veränderungssperre (BVerwG vom 2.10.1998 NVwZ 1999, 523). Mit dem behaupteten Anspruch auf Befreiung besteht ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis.
- 56 Die Klägerin hat auch ein rechtlich geschütztes Interesse an der begehrten Feststellung. Das Interesse ergibt sich aus der Absicht, Schadensersatz- oder Entschädigungsansprüche gegen den Beklagten bzw. die Beigeladene geltend zu machen. Ein hiermit begründetes Feststellungsinteresse darf - wegen "offensichtlicher Aussichtslosigkeit" des Ersatzanspruches - nur dann verneint werden, wenn ohne eine ins einzelne gehende Prüfung ohne weiteres erkennbar ist, dass der behauptete zivilrechtliche Anspruch unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt besteht (BVerwG vom 29.4.1992 a.a.O.; vom 30.6.2004 NVwZ-RR 2005, 383). Diese Voraussetzung ist nicht erfüllt; vor allem können sich der Beklagte und die Beigeladene nicht darauf berufen, dass die Ablehnung der Befreiung von einem Kollegialgericht bestätigt worden sei. Denn das Verwaltungsgericht hat der Klage stattgegeben.
- 57 2. Der Feststellungsantrag hat in der Sache Erfolg, weil der Klägerin zum maßgeblichen Zeitpunkt des Inkrafttretens der ersten Veränderungssperre am 22. Oktober 2004 gemäß § 31 Abs. 2 Nr. 1 BauGB ein Anspruch auf Erteilung einer Befreiung für die Errichtung der Omniantenne zustand.
- 58 a) Grundzüge der Planung der Planung wären von der Befreiung nicht berührt worden.
- 59 Mit dem Begriff der "Grundzüge der Planung" umschreibt das Gesetz in § 31 Abs 2 BauGB die planerische Grundkonzeption, die den Festsetzungen eines Bebauungsplans zugrunde liegt und in ihnen zum Ausdruck kommt. Hierzu gehören die Planungsüberlegungen, die für die Verwirklichung der Hauptziele der Planung sowie den mit den Festsetzungen insoweit verfolgten Interessenausgleich und damit für das Abwägungsergebnis maßgeblich sind. Ein Grundzug der Planung wird berührt, wenn die Abweichung einer dieser maßgeblichen Grundüberlegungen zuwiderlaufen würde (vgl. BayVGh vom 9.8.2007 [25 B 05.3055] ZfBR 2008, 292 = BayVBI 2008, 307 [juris RdNr. 34] mit weiteren Nachweisen; vom 31.7.2008 - 9 ZB 05.1476 - juris).

- 60 Den Festsetzungen zur Art der baulichen Nutzung in der ursprünglichen Fassung des Bebauungsplans lässt sich kein Grundzug entnehmen, der von der Zulassung der geplanten kleinen, bei flüchtiger Betrachtung kaum von einer Fernsehantenne zu unterscheidenden Mobilfunkantenne (Omniantenne) berührt würde. Der Bebauungsplan enthält keine Festsetzungen, die zeigen, dass die Beigeladene das Gebiet im Sinne eines „kompromisslos reinen Wohngebiets“ (BayVGH vom 9.8.2007 [25 B 05.3055] a. a. O. [juris RdNr. 32 ff.]) soweit wie möglich von allen nicht dem Wohnen dienenden (gewerblichen) Anlagen freihalten wollte; insbesondere wurde die Befugnis, in dem Gebiet Läden und nicht störende Handwerksbetriebe, die der Deckung des täglichen Bedarfs der Bewohner des Gebiets dienen, sowie kleine Betriebe des Beherbergungsgewerbes zuzulassen (§ 3 Abs. 3 BauNVO 1977), nicht ausgeschlossen. Die Tatsache, dass sich in dem Gebäude, auf dessen Dach die strittige Antenne errichtet wurde, bis kurz vor der ersten mündlichen Verhandlung im Juli 2007 noch ein Laden (im Sinne von § 3 Abs. 3 BauNVO) befand, bestätigt die Beurteilung, dass durch Zulassung einer unscheinbaren gewerblichen Antennenanlage kein Grundzug der Planung berührt würde.
- 61 b) Wegen der weiteren Voraussetzungen des § 31 Abs. 2 Nr. 1 BauGB kann auf das angefochtene Urteil und auf die vorstehenden Ausführungen, aus denen sich ergibt, dass die Ablehnung der Befreiung erst seit dem Zeitpunkt gerechtfertigt ist, zu dem sich mit O₂-Mast konkret eine Alternative zu dem streitgegenständlichen Standort bietet, verwiesen werden. Was die nach § 31 Abs. 2 Nr. 1 BauGB erforderlichen Gründe des Wohl der Allgemeinheit anbelangt, ist lediglich zu bekräftigen, dass auch die strittige Omniantenne an dem Standort Bahnhofstraße/Birkenstraße die ihr zuge dachte Funktion der Verbesserung des Mobilfunknetzes im Norden von Gröbenzell (wenn auch weniger effizient) erfüllt hätte. Dies ergibt sich nicht nur aus den von der Klägerin vorgelegten Versorgungsplots, sondern auch aus dem detaillierten Vergleich der Versorgungsbereiche der strittigen Anlage und der Alternative in den Stellungnahmen des Umweltinstituts. Solange eine konkrete Standortalternative fehlte, war auch die, wie dargelegt wurde, im Sinne eines Vernünftigerweise-Gebotenseins zu verstehende Voraussetzung erfüllt, dass Gründe des Wohl der Allgemeinheit die Befreiung erfordern müssen. Eine als öffentlicher Belang rechtlich relevante (bis zur Planreife) verfestigte Planung, mit der die Befreiung nicht vereinbaren gewesen wäre, lag damals genauso wenig vor wie heute. Da die von der Anlage ausgehende Strahlenbelastung nach der der Klägerin erteilten „Standortbescheinigung“ der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post die Grenzwerte nach § 2 der

26. BImSchV einhält, hätte auch die erforderliche Würdigung nachbarlicher Belange nicht zur Versagung der Befreiung geführt. Entgegenstehende Planungsabsichten hatte die Beigeladene zwar auch schon im Oktober 2004. Das zeigt nicht nur das damals eingeleitete, mit der Veränderungssperre gesicherte Verfahren zur Änderung des Bebauungsplans Nr. 15; auch die vorangegangenen Aktivitäten der Beigeladenen, die der Senat in der Anlage zu dem Hinweisschreiben vom 22. April 2008 aufgelistet hat, bestätigen dies. Nach den damaligen Überlegungen gab es aber keinen konkreten Anhaltspunkt dafür, dass ein anderer Standort für die Versorgung des fraglichen Bereichs in absehbarer Zeit zur Verfügung stehen könnte. Damit hatten die Planungsüberlegungen nicht ausreichend Gewicht, um - im Rahmen des der Beigeladenen zustehenden Gestaltungsspielraums - schon damals die Versagung des Einvernehmens zu der Befreiung zu begründen.

III.

- 62 Da die Beteiligten jeweils teilweise unterlegen sind, sind die Kosten verhältnismäßig zu teilen (§ 155 Abs. 1 Satz 1 Alternative 2 VwGO). Die Quotelung im Verhältnis zwei Drittel (Klägerin) zu einem Drittel (Beklagter bzw. Beigeladener) berücksichtigt, dass das erfolglose Verpflichtungsbegehren für die Klägerin eine größere Bedeutung hat als das erfolgreiche Feststellungsbegehren. Hinsichtlich des letzteren tragen der Beklagte und die Beigeladene die Kosten der ersten Instanz zu gleichen Teilen (§ 159 Satz 1 VwGO in Verbindung mit § 100 Abs. 1 ZPO); der Beigeladenen dürfen insoweit Kosten auferlegt werden, weil sie einen Antrag gestellt hat (§ 154 Abs. 3 VwGO). Die auf das erfolgreiche Feststellungsbegehren entfallenden Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Beigeladene hingegen als teilweise unterlegene Rechtsmittelführerin alleine; denn der Beklagte hat kein Rechtsmittel eingelegt. Da die Beigeladene in beiden Instanzen einen Antrag gestellt und somit ein Kostenrisiko übernommen hat (§ 154 Abs. 3 VwGO), erscheint es billig, dass ihre außergerichtlichen Kosten für erstattungsfähig erklärt werden, soweit sie obsiegt hat.
- 63 Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit der Kostenentscheidung ergibt sich auf § 167 VwGO in Verbindung mit §§ 708 ff. ZPO.
- 64 Die Revision wird nicht zugelassen, weil keiner der in § 132 Abs. 2 VwGO genannten Gründe vorliegt.